

**WYROK**  
**z dnia 16 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 16 kwietnia 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę

**TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Szpital Wojewódzki Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie SPZOZ**  
**ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa na rzecz Szpitala Wojewódzkiego Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie SPZOZ ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

**sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie SPZOZ prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i dostawę aparatury medycznej do diagnostyki obrazowej wraz z wykonaniem niezbędnej infrastruktury” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 stycznia 2012 r. w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty dla pakietu nr 1 „zakup, dostawa, montaż i uruchomienie systemu tomografii komputerowej dla Oddziału Ratunkowego”, za którą uznał ofertę złożoną przez Philips Polska Sp. z o.o.

2 kwietnia 2012 r. odwołujący – TMS Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące pakietu nr 1 zarzucając zamawiającemu: zaniechanie odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaniechanie wykluczenia Philips Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na przebieg postępowania i nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Philips Polska Sp. z o.o., odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. i wykluczenie Philips Polska Sp. z o.o. z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w punkcie 22. załącznika „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” dotyczących pakietu nr 1 zamawiający zawarł wymóg: „Maksymalna rozdzielczość wysokokontrastowa w czasie pełnego skanu w zapisie spiralnym w matrycy 512x512 dla fantomu 20 cm w punkcie cut-off dla 50 cm pola skanowania i 64 warstw 21,5 lp/cm”, po czym w odpowiedzi z 3 lutego 2012 r. dopuścił

system o maksymalnej rozdzielczości równej 21,4 lp/cm. Zamawiający wymagał zatem zaoferowania konkretnych wartości dla tego parametru, tj. 21,5 lub 21,4 lp/cm. W ofercie Philips Polska Sp. z o.o. wskazał wartość tego parametru 24 lp/cm, którą potwierdził również w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu 16 marca 2012 r., zatem nie spełnia ona powyższego wymogu i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo Philips Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przedstawił pismo „Technical Data Confirmation”, które miało potwierdzić parametry zaoferowanego systemu, podpisane przez Jima M. Natomiast nie zostało przedłożone pełnomocnictwo wystawione przez producenta aparatu uprawniającego Jima M. do składania oświadczeń w jego imieniu, nie można zatem tego dokumentu traktować jako oświadczenia producenta. Poza tym pan M. potwierdza te dane w imieniu Philips Healthcare, natomiast z dokumentów złożonych wraz z ofertą wynika, że producentem zaoferowanego systemu jest firma Philips Medical Systems, co jednoznacznie wskazuje, że oświadczenie Jima M. nie jest oświadczeniem producenta aparatu.

W związku z powyższym oferta Philips Polska Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona ze względu na to, że na wezwanie do wyjaśnień nie złożył właściwych, prawidłowo wystawionych dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, co wskazuje jednoznacznie, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyboru oferty Philips Polska Sp. z o.o. i wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, iż nie ma podstaw do odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. lub jego wykluczenia. Parametr 24 lp/cm był zgodny ze specyfikacją, gdyż każda wartość większa niż 21,4 lp/cm jest lepsza. Co do pisma podpisanego przez pana M. – skoro zamawiający zażądał wyjaśnień i je otrzymał, uznał, iż je otrzymał i tym samym nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty spółki Philips.

Przystępujący Philips Polska Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub ewentualnie z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów. Odwołujący zajął bowiem trzecie (ostatnie) miejsce w rankingu ofert dla pakietu nr 1, w którym na drugim została zakwalifikowana oferta GE Medical Systems Sp. z o.o., w stosunku do której odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów. Nawet więc gdyby przyjąć, że zarzuty odwołującego są zasadne i oferta przystępującego zostałaby odrzucona, oferta GE Medical Systems Sp. z o.o. i tak uzyskałaby więcej punktów, oferta odwołującego zostałaby

sklasyfikowana na drugim miejscu i nadal nie mogłaby być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na brak interesu w uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę składającego odwołanie, które nawet w całości uwzględnione, nie jest w stanie przywrócić szans tego wykonawcy na zawarcie umowy z zamawiającym. Ponadto jeśli uwzględnienie zarzutu pozostaje bez wpływu na wybór oferty odwołującego, należy uznać, iż nie doszło do naruszenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia, a interes ten mogą wykazać tylko ci, którzy udowodnią, że gdyby podnoszone przez nich naruszenie przepisów nie miało miejsca, otrzymaliby zamówienie. W praktyce oznacza to, że wykonawcy znajdujący się po ocenie ofert na dalszych pozycjach niż pierwsza i druga, są pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia, chyba, że oprotestowaliby skutecznie wszystkie oferty, którym przyznano większą liczbę punktów. Odwołujący nie wykazał również, iż zarzucane zamawiającemu naruszenia naraziły go na możliwość poniesienia szkody, gdyż szkoda dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Powoływanie się na okoliczność poniesienia szkody ewentualnej w sytuacji, gdy oferta odwołującego mogłaby być sklasyfikowana na trzeciej pozycji, jest bezzasadne.

Odwołujący błędnie twierdzi, że oferta przystępującego nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie poz. 22. „Parametrów technicznych granicznych”, w której zamawiający wymagał, aby dla oferowanego urządzenia podać maksymalną rozdzielczość wysokokontrastową w czasie pełnego skanu w zapisie spiralnym w matrycy 512x512 dla fantomu 20 cm w punkcie cut-off dla 50 cm pola skanowania i 64 warstw równej 21,4 lp/cm, pierwotnie 21,5 lp/cm – gdyż w odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający dopuścił oferowanie wartości nieznacznie mniejszej tj. 21,4 lp/cm, a tym samym zamawiający potwierdził, że jego intencją nie jest uzyskanie rozdzielczości nie większej niż 21,4 lp/cm, lecz rozdzielczości matrycy uzyskiwanej przy ww. parametrach o wartości co najmniej 21,4 lp/cm. Urządzenie zaoferowane przez przystępującego uzyskuje rozdzielczość matrycy na poziomie aż 24 lp/cm, a więc nie tylko w pełni spełnia wymóg zamawiającego, ale go przewyższa, twierdzenia odwołującego świadczą natomiast o jego błędnym rozumieniu postanowień specyfikacji. Oczywiście jest, że im większa jest maksymalna rozdzielczość matrycy, tym lepsza jest jakość obrazowania, co umożliwia uzyskanie bardziej szczegółowych wydruków z badania.

Gdyby jednak nawet hipotetycznie przyjąć za konieczny wymóg zaoferowania rozdzielczości przestrzennej wynoszącej dokładnie 21,4 lp/cm, to należy zwrócić uwagę, że rozdzielczość przestrzenna jest parametrem uzależnionym od nastaw tomografu (napięcie, prąd, czas obrotu) i możliwe jest uzyskiwanie różnych wartości pomiaru, w zależności od nastaw tomografu – w przypadku oferowanego tomografu Brilliance iCT do 24 lp/cm, a więc uzyskania niższej rozdzielczości przestrzennej przy odpowiednich nastawach. W tabeli przetargowej przystępujący podał „Tak” spełniając tym samym sugerowany przez odwołującego warunek uzyskania wartości

21.4 pl/cm, a po przecinku wskazał jedynie dodatkowo wartość 24 pl/cm jako maksymalną możliwą do uzyskania przez tomograf iCT.

Poza tym odwołujący mylnie zarzuca przystępującemu, iż w swojej ofercie nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Określenie „Philips Healthcare” nie odnosi się do nazwy konkretnego podmiotu, lecz jest oznaczeniem dywizji biznesowej grupy kapitałowej Royal Philips Electronics stosowanym przez spółki należące do tej grupy na całym świecie i jest przejawem zwyczaju, a pan M. nie mógł złożyć oświadczenia w imieniu Philips Healthcare, gdyż taka osoba prawna nie istnieje. Jim M. jest menadżerem ds. marketingu produktów tomografii komputerowej w Europie, a przez to osobą odpowiedzialną za składanie oświadczeń i potwierdzanie danych technicznych produktów w imieniu producenta Philips Medical Systems Inc. z siedzibą w Cleveland (Ohio), co potwierdzają również dane adresowe producenta zamieszczone na deklaracji zgodności dotyczącej oferowanego urządzenia, które są identyczne z adresem wskazanym pod podpisem Jima M. Przedłożone przez przystępującego „Techniczne potwierdzenie danych” stanowi zatem oświadczenie pochodzące od producenta.

Poza tym zamawiający nie wymagał od wykonawców składania oświadczeń producenta oferowanego urządzenia, a jedynie „opisów (materiałów informacyjnych), katalogów – w języku polskim oferowanego przedmiotu zamówienia” (rozdział IX punkt 12.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Jak zostało wyjaśnione przez Jima M., spółki należące do dywizji Philips Healthcare nie dysponują katalogami opisującymi przedmiot oferty tak szczegółowo, jak tego wymagał zamawiający, więc przystępujący przedstawił „Techniczne potwierdzenie danych” wystawione przez pana M., a dokument ten słusznie został przez zamawiającego uznany za autentyczne i wiarygodne potwierdzenie parametrów technicznych urządzenia oferowanego przez przystępującego. Zatem zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania jest nieuzasadniony.

Odwołujący zarzucił przystępującemu podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na przebieg postępowania, jednak w uzasadnieniu nie odniósł się do tego zarzutu, a w szczególności nie wskazał, na czym polegało złożenie nieprawdziwych informacji.

Niniejsze odwołanie rozpatrywane było łącznie z odwołaniem o sygn. akt KIO 647/12 złożonym przez GE Medical Systems Sp. z o.o.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania poprzez dokonanie czynności żądanych w odwołaniu, gdyż jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, zaś pomimo tego, że obecnie został zakwalifikowany na trzecim miejscu rankingu, w przypadku oceny ofert bez oferty Philips Polska Sp. z o.o., ranking ten może się zmienić. Okoliczność tę potwierdziło również podobne oświadczenie GE Medical Systems Sp. z o.o. złożone w uzasadnieniu rozpatrywanego przez Izbę łącznie z niniejszym odwołania o sygn. akt KIO 647/12, w stosunku do zarzutów dotyczących oferty TMS Polska Sp. z o.o., natomiast zamawiający tym oświadczeniom obu wykonawców nie zaprzeczył. Dodatkowo nawet zmiana pozycji odwołującego w rankingu z miejsca trzeciego na drugie nie jest zupełnie obojętna dla jego interesu w uzyskaniu zamówienia – w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu dotyczącego podania przez Philips Polska Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji, jak również niespełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że zarzuty te nie zostały w jakikolwiek sposób rozwinięte ani uzasadnione przez odwołującego, zatem nie mogły być przez Izbę rozpatrzone. Poza tym postawione przez odwołującego zarzuty odnoszą się wyłącznie do przedmiotu oferty i tzw. dokumentów przedmiotowych, zatem wskazanie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niepoprawne, gdyż, zgodnie z systematyką ustawy, zarzuty dotyczą wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4.

W odniesieniu zaś do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W pozycji 22. „Zestawienia parametrów technicznych granicznych” dotyczących pakietu nr 1 zamawiający rzeczywiście zawarł wymóg: „Maksymalna rozdzielczość wysokokontrastowa w czasie pełnego skanu w zapisie spiralnym w matrycy 512x512 dla fantomu 20 cm w punkcie cut-off dla 50 cm pola skanowania i 64 warstw 21,5 lp/cm”, po czym w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dopuścił system o maksymalnej rozdzielczości 21,4 lp/cm. Nie

oznacza to jednak, zdaniem Izby, że, skoro przed wielkością 21,5 i 21,4 lp/cm nie zamieścił określenia „minimum”, „co najmniej”, „≥” lub równoznacznego, jak robił to w niektórych innych pozycjach, oznacza to, że były to jedyne dwie dopuszczalne wartości, a nie zezwolił na wartości wyższe, czyli lepsze. Nie należy bowiem zapominać, iż cała tabela „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” zawierająca wymagania zamawiającego co do poszczególnych parametrów i funkcjonalności zawiera właśnie parametry „graniczne”, a więc owe minimalne, „najgorsze”, jakie zostaną przez zamawiającego przyjęte.

Tym samym, skoro przystępujący zaoferował parametr, co do którego nie jest sporne i nie ma wątpliwości, że jest parametrem lepszym niż wskazane wartości 21,4 i 21,5 lp/cm, to spełnia on wymogi zamawiającego.

Warto jednak w tym miejscu wskazać (co odnosi się nie tylko do pozycji 22., ale również innych omawianych podczas rozprawy), że na przyszłość zamawiający powinien zachować większą dbałość o zastosowanie jednolitego modelu tworzenia tabeli parametrów m.in. w zakresie stosowanego nazewnictwa i oznaczeń.

W odniesieniu do przedstawionemu zamawiającemu na wezwanie do uzupełnienia dokumentów pisma Jima M. Izba stwierdziła, że zastosowanie w nim nazwy „Philips Healthcare” jest okolicznością, którą zamawiający, w razie takiej potrzeby, mógłby wyjaśnić w oparciu o art. 26 ust. 4 lub ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast nie stwierdziła przez to wady oświadczenia, która mogłaby skutkować odrzuceniem oferty Philips Polska Sp. z o.o.

Co zaś do potencjalnego braku uprawnienia pana M. do składania oświadczeń w imieniu producenta tomografu, to nie jest to stwierdzony fakt, a tylko założenie wynikające z braku dołączenia do tego pisma odpowiedniego pełnomocnictwa. Jednak, jeśli zamawiający w trakcie postępowania stwierdziłby konieczność przedstawienia takowego pełnomocnictwa, powinien on o nie poprosić oddzielnie po otrzymaniu owego pisma, gdyż nie jest to, niestety, dokument, który wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zwyczajowo załączają do składanych oświadczeń, a więc niejako „z automatu” objęty wystosowanym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła postaw do odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. ani wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....